

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: 13620121150141

UDC \_\_\_\_\_

廈門大學

硕士学位论文

论作品定义中的“固定”要素

——兼评《著作权法(第三次修订草案)》第三条

On the Element of “Fixation” in the Definition of Works:

Some Remarks on the Draft Articles for the Third Revision

of Chinese Copyright Law

黄梅艳

指导教师姓名: 丁丽瑛教授

专业名称: 民商法学

论文提交日期: 2015年4月

论文答辩时间: 2015年月

学位授予日期: 2015年月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评阅人: \_\_\_\_\_

2015年 月

# 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（        ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于        年        月        日解密，解密后适用上述授权。

（        ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年        月        日

## 内容摘要

《著作权法(第三次修订草案)》(下文简称《著作权法修订草案》)第三条列举了作品定义的四要素——“文学、艺术和科学领域内”、“具有独创性”、“能以某种形式固定”和“智力成果”，其中“能以某种形式固定”的表述不尽合理。到底是“能固定”还是“固定了”。如果是“能固定”，目前在作品领域，还不存在不“能”以某种形式固定的作品，即便是口述作品也可以通过文本或者录音等形式固定。而且此种可能性规定与《伯尔尼公约》中明确要求的作品“固定了”这一完成时态不相符。此外，《著作权法修订草案》只规定了固定的形式要求，忽略了对固定的主体以及固定的形式和程度规定。这种忽略必将会带来著作权领域作品的认定以及司法实践的困惑。例如，第三人在没有作者授权情况下的“固定”是否属于著作权法意义上的固定。如果不对固定的形式和程度予以明确，不利于理解什么程度的固定才属于著作权法意义上的“固定”，是永久的固定还是临时的固定，部分的固定还是整体的固定。中国多年的司法实践表明，在作品定义中加入固定要素是十分必要的，这不仅有利于激发人们的著作权保护意识，而且有利于著作权人在被侵权时举证责任的承担。针对《著作权法修订草案》的不足，建议理顺作品定义的逻辑关系并修改相应的作品构成要素以实现立法的准确性和前瞻性；同时明确规定固定的主体、形式及程度，避免带来司法实践操作的不一致。

全文由引言、正文和结语三部分组成。

引言部分主要阐释全文的研究问题、研究内容与方法以及研究意义。正文主要由三章组成：第一章详细论述了《著作权法修订草案》中作品构成四要素的改变以及对“固定”要素的合理解读；第二章通过相关学理、各国立法例以及司法实践来论证作品固定的判断方法及其意义；第三章则结合作品“固定”要素的立法必要性，针对我国的实际情况提出作品固定要素的立法表达建议。结语部分在总结全文研究的基础上提出了本文研究的结论及价值。

关键词：著作权法；作品；固定

## Abstract

There are four elements in the definition of works in the Draft Articles for the Third Revision of Chinese Copyright Law: “in the literary, scientific and artistic domain”, “creative”, “can be fixed in some tangible ways” and “intellectual production”. The expression is unreasonable of “can be fixed in certain forms”. Does that mean the works should be capable of being fixed or the works should have been already fixed? In reality, there is no such works that are not capable of being fixed in certain forms. Even the oral works could be fixed in books or videos. So this element is not complying with the “Berne Convention”. The Draft Articles only provide the formal criteria of the fixation, however, neglecting the questions such as by whom or to what extent the works should be fixed. This neglect will bring some problems to the judicial practices. For example, can the works which are not fixed by or under the authority of the author be protected by the copyright law? It is also not clean to people to understand to what extent the works is fixed if there is not relevant articles in the Draft Articles to interpret the forms and extent of “fixation”. The Chinese judicial practices indicate the necessity for the works to be fixed in certain forms. As for the drawbacks in the Draft Articles, it is proposed to clarify the logic of works’ definition, change some elements, and remove the word ‘can’ from the expression of ‘can be fixed in certain forms. It is also suggested there should be some articles about the fixation’ author and extent of fixed works.

This thesis consists of introduction, three chapters and conclusion.

The introduction discusses about the research questions, methodology and significances. The first chapter discusses the four elements of works in the existing legislation, and also make a contrast with the The Draft Articles. The second chapter try to interpret the logic of works’ definition in The Draft Articles according to the articles about works in the "Berne Convention". Besides, the second chapter also try to summarize the specific meaning of “fixation” and how to judge the “fixation” of a work based on judicial practices and intellectual property theories. The third chapter

discusses about that The Draft Articles neglect the questions such as by whom or to what extent the works should be fixed and give some legislative suggestions. The conclusion introduces the causes and significances of the study.

Keywords: copyrights; the works; fixation

厦门大学博硕士论文摘要库

# 目录

|  |           |
|--|-----------|
| 引 言 .....                              | 1         |
| <b>第一章 作品定义的立法规定及其“固定”要素解读 .....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>第一节 我国现行立法关于作品的规定及其演变 .....</b>     | <b>5</b>  |
| 一、我国现行立法关于作品要素的规定 .....                | 5         |
| 二、《著作权法修订草案》中作品定义的变化及分析 .....          | 8         |
| <b>第二节 国际公约及域外法关于作品“固定”要素的评述 .....</b> | <b>13</b> |
| 一、作品著作权保护国际公约关于作品的规定 .....             | 13        |
| 二、域外代表性国家或地区关于作品“固定”的规定 .....          | 16        |
| 三、小结：借鉴与启示 .....                       | 18        |
| <b>第三节 《著作权法修订草案》中“固定”要素之解释 .....</b>  | <b>19</b> |
| 一、《著作权法修订草案》中作品定义的逻辑分析 .....           | 19        |
| 二、《著作权法修订草案》中“固定”要素的立法解释 .....         | 21        |
| <b>第二章 作品“固定”的判断 .....</b>             | <b>25</b> |
| <b>第一节 作品“固定”与创作的关系 .....</b>          | <b>25</b> |
| 一、创作是作品著作权产生和受保护的事实基础 .....            | 25        |
| 二、作品“固定”与创作的关系 .....                   | 26        |
| <b>第二节 作品“固定”的主体及口述作品的认定 .....</b>     | <b>27</b> |
| 一、作品“固定”主体规定的意义 .....                  | 27        |
| 二、经授权“固定”口述作品的认定 .....                 | 28        |
| 三、未经授权“固定”口述作品的认定 .....                | 29        |
| <b>第三节 作品“固定”的形式和程度 .....</b>          | <b>30</b> |
| 一、作品“固定”的形式 .....                      | 30        |
| 二、作品“固定”的程度 .....                      | 31        |
| 三、作品固定性判断的灵活趋势 .....                   | 33        |
| <b>第四节 作品固定的实质要件和举证责任 .....</b>        | <b>34</b> |
| 一、作品“固定”的实质要件 .....                    | 34        |

|                                   |           |
|-----------------------------------|-----------|
| 二、作品的“固定”与举证责任.....               | 35        |
| <b>第三章 作品“固定”要素的立法表述 .....</b>    | <b>38</b> |
| <b>第一节 作品“固定”要素的立法必要与意义 .....</b> | <b>38</b> |
| 一、有利于保护著作权人的权利.....               | 38        |
| 二、符合我国国情.....                     | 39        |
| 三、有利于践行国际公约的精神.....               | 40        |
| 四、有利于著作权制度功能的实现.....              | 41        |
| <b>第二节 作品“固定”要素立法建议 .....</b>     | <b>41</b> |
| 一、作品定义立法表述的模式选择.....              | 42        |
| 二、作品“固定”要素立法建议.....               | 43        |
| <b>结 语 .....</b>                  | <b>45</b> |
| <b>参考文献 .....</b>                 | <b>47</b> |
| <b>后 记 .....</b>                  | <b>52</b> |



# CONTENTS

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Preface.....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>Chapter 1 The Logic of Works' Definition and the "Fixation "</b>   |           |
| <b>Element of Works.....</b>  | <b>5</b>  |
| <b>Subchapter 1 The Elements of Works in the Current Legislation and Relevant Changes.....</b>                              | <b>5</b>  |
| Section 1 The Four Elements of Works in the Current Legislation .....   | 5         |
| Section 2 The Changes of Elements in The Draft Articles .....   | 8         |
| <b>Subchapter 2 The Interpretation of "Fixation" Element in International Coventions and Extra-regional Countries .....</b> | <b>13</b> |
| Section 1 The Interpretation of "Fixation" Element in International Coventions .....  | 13        |
| Section 2 The Interpretation of "Fixation" Element in Extra-regional Countries .....  | 16        |
| Section 3 Conclusion: Reference and Revelation .....  | 18        |
| <b>Subchapter 3 The Interpretation of "Fixation" in The Draft Articles .....</b>  | <b>19</b> |
| Section 1 The Llogic of Works' Definitionin in The Draft Articles .....   | 19        |
| Section 2 The Reasonable Interpretation about the "Fixation" Element ..   | 21        |
| <b>Chapter 2 The Judgment of "Fixation" .....</b>   | <b>25</b> |
| <b>Subchapter 1 The Relationship Between the "Fixation" of Works and "Creation" .....</b>                                   | <b>25</b> |
| Section 1 The Postcondition of Copyrightable Works is "Creation" .....  | 25        |
| Section 2 The Relationship Between the "Fixation" of Works and "Creation" .....   | 26        |
| <b>Subchapter 2 The Subject of "Fixation" and the Judgment of oral works</b>  | <b>27</b> |
| Section 1 The Significance of Rugulations About the Subject of "Fixation" .....   | 27        |

|  |           |
|--|-----------|
| Section 2 The Judgment about Oral Works Which is Fixed by or under the Authority of the Author.....      | 28        |
| Section 3 The Judgment about Oral Works Which is not Fixed by or under the Authority of the Author ..... | 29        |
| <b>Subchapter 3 The Forms and Extent of "Fixation" .....</b>   | <b>30</b> |
| Section 1 The Forms of "Fixation" .....  | 30        |
| Section 2 The Extent of "Fixation" .....   | 31        |
| Section 3 The Flexible Trend about the The Judgment of "Fixation" Requirement.....                       | 33        |
| <b>Subchapter 4 The Substantial Elements of "Fixation" and the Burden of Proof .....</b>                 | <b>34</b> |
| Section 1 The Substantial Elements of "Fixation" .....   | 34        |
| Section 2 The "Fixation" of Works and the Burden of Proof .....  | 35        |
| <b>Chapter 3 The Legislative Suggestions About the "Fixation" .....</b>                                  | <b>38</b> |
| <b>Subchapter 1 The Significance of "Fixation" and the Necessity of its Lawmaking .....</b>              | <b>38</b> |
| Section 1 Protect the Rights of the Author.....  | 38        |
| Section 2 Complying with National Conditions .....   | 39        |
| Section 3 Implementation of International Conventions .....  | 40        |
| Section 4 Realizing the Function of Copyright Law .....  | 41        |
| <b>Subchapter 2 The Legislative Suggestions About the "Fixation" .....</b>                               | <b>41</b> |
| Section 1 The Model Selection About The Definition of Works in The Draft Articles.....                   | 42        |
| Section 2 The Legislative Suggestions About The Elements of "Fixation".....                              | 43        |
| <b>Conclusion .....</b>  | <b>45</b> |
| <b>References .....</b>  | <b>47</b> |
| <b>Postscript .....</b>  | <b>52</b> |

## 引言

### 一、问题的提出

著作权保护的对象是作品，作品是著作权法中最核心的概念，著作权法中的其他一切概念和制度都直接或间接地建立在作品概念之上。可以说，对作品概念的理解决定了著作权法研究和制度建设的基本面貌。科学建构作品概念有助于分析著作权法上的其他概念和制度，推动知识产权法体系化进程。我国现行《著作权法》对作品的构成要素没有提及。《著作权法实施条例》第2条界定了作品的构成要素：“本法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”其中，涉及了独创性、智力成果和有形形式的复制等要素。《著作权法修订草案》第3条对作品给出了如下的定义：“本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种形式固定的智力成果。”“文学、艺术和科学领域内”、“具有独创性”、“能以某种形式固定”和“智力成果”，其分别为作品概念的领域限定、独创性要求、固定要求以及属概念。《著作权法修订草案》将《实施条例》中“能以某种有形形式复制”修改为“能以某种形式固定”。从逻辑上看，“能以某种形式固定”意思不够明确，到底是已经“以某种形式固定”了才能受到著作权的保护，还是只要“能以某种形式固定”就受到著作权法的保护？

此外，《著作权法修订草案》对于作品构成要素的“固定性”要求也只是提到了固定的“形式”，对于固定的“主体”，也即固定是作者本人或者在其授权下的固定才属于固定，还是任何其他人为其固定也属于著作权法意义上的固定？

而且，《著作权法修订草案》对于作品构成要素的“固定”形式和程度也没有作出具体规定。作品部分的固定属于固定么，作品的固定是永久的固定还是临时的固定？多大程度的固定算是固定了？

对上述问题的解读将直接影响司法实践的操作进而得出完全不同的结果。对于哲学意义上的“作品”我们可以自由发挥想象，但是《著作权法》领域的作品定义一旦确立就会产生一系列的法律效果，最直接的效果就是对作者（创造者）的认定，虽然这只是解决了起点问题，最终通过市场的运作，大多数权利的行使

与创造者分离。但是对作品定义(概念)的系统研究能够正本溯源,一系列困惑与实践难题便会迎刃而解:作品是什么,构成作品的要素包括哪些,作品要素选择的理论依据或者立法目的何在,实践操作可行性,对现在及将来的理论及市场操作的影响等等。

## 二、研究内容和研究方法

本文探讨的主要内容可以归纳为以下几点:

首先是对《著作权法修订草案》第三条关于作品定义中“固定”要素的解读。这部分笔者将结合文义解释、体系解释和目的解释的方法,通过法律文本上下文的对比、法律文本前后逻辑体系的解读以及著作权法立法目的阐释,秉持善意解释的原则来论证作品定义中“固定”要素的真正含义以及立法动机与目的。

其次对《著作权法修订草案》第三条中关于作品“固定”的判断。在这一部分,将结合学理分析、主要立法例以及有关口述作品的司法案例来论证作品固定的判断。包括作品固定的主体该如何认定,固定的形式以及程度等。这一部分还强调了我国著作权立法应有的价值取向,虽然著作权法领域分为两大法系,著作权法系和版权法系,但是随着社会的进步与融合,两大法系呈现逐渐融合的趋势,因此,我们没有必要囿于法系的限制来进行相关的立法考量,而是应借鉴目前最适合我国社会发展以及社会需要的理论及立法规定。因此对其他先进国家的立法探讨有助于我们对相关理论的深入学习和立法的借鉴。

最后,针对《著作权法修订草案》第三条提出相应立法表达的建议。在进行相应理论论证以及司法实践论证过程中,案例研究将贯穿于全文分析的始终,因为本文的落脚点终究还是著作权法领域对作品“固定”要素的实践需求,进而在此基础上求得新修订的《著作权法》更加符合中国国情、社会需求和司法实践,使其更能满足立法的可预见性和前瞻性。

## 三、文献综述及研究意义

在中国学术期刊知网上对近十年(2004-2014)法学领域(法理、法史、宪法行政法及地方法制、民商法、刑法、经济法、诉讼法与司法制度、国际法)中的“作品”进行搜索,博士论文题目中直接涉及作品的有4篇,其中包括“音乐

作品及其权利研究”<sup>①</sup>、“美术作品交易的法律规制”、<sup>②</sup>“演绎作品构成研究”、<sup>③</sup>“作品精神权利论”<sup>④</sup>，都是对具体作品或者作品具体权利及制度的研究，但都没有探究到权利或制度研究的前提——著作权的对象“作品”的概念。同样方法对硕士论文题目进行检索，具体包括对各类作品（包括续写作品、职务作品、电影作品、孤儿作品、实用艺术作品、法人作品、非法人作品等）的保护研究以及随着网络技术的发达对网络环境下作品著作权保护的研究，其中“论作品的构成要件”<sup>⑤</sup>涉及到作品元素的研究，一系列涉及作品独创性判定的文章或多或少会涉及到作品的认定及概念问题，但是也还没有人对作品定义进行过具体细致研究。期刊论文涉及到作品的就比较多，作者进行更窄的范围检索，在法学领域进行“作品定义”的搜索，知识产权法方向的就只有李明德老师在2012年发表在《甘肃社会科学》中的“论作品的定义”一文，比较有影响力的当然还包括金渝林老师1994在《中国人民大学学报》发表的“论版权理论中的作品概念”，这些研究都多少涉及到了作品概念的解读及认定问题，但是可能是限于篇幅的问题，对作品都未进行过系统理论及实践检验的研究。固定性作为作品受著作权法保护的法律要件是从1976年美国版权法发展而来的。<sup>⑥</sup>早在2006年何荣华与张传广就在《吉林省教育学院学报》发表“应该将固定性作为作品受保护的条件的观点”，但是除此之外，其他对作品固定性条件探讨的文章多数局限于仅对口述作品固定问题的探讨，比如杨述兴在《电子知识产权》2009年第4期发表的《固定后的口述作品》等。自从美国版权法将固定性作为作品受保护的条件之后，伴随着一系列的案例国外关于作品固定性的探讨也因此涉及到很多方面：有对固定性的意义做分析的，<sup>⑦</sup>有分析固定性功能的，<sup>⑧</sup>有探讨固定性与版权划分关系的，<sup>⑨</sup>也有结合具体案例阐释特殊作品是否需要固定，<sup>⑩</sup>以及结合固定性条件

<sup>①</sup> 陈志强. 音乐作品及其权利研究[D]. 福建师范大学, 2012年博士学位论文.

<sup>②</sup> 魏飞. 美术作品交易的法律规制[D]. 中国艺术研究院, 2011年博士学位论文.

<sup>③</sup> 郭斯伦. 演绎作品构成研究[D]. 中国政法大学, 2008年博士学位论文.

<sup>④</sup> 杨延超. 作品精神权利论[D]. 西南政法大学, 2006年博士学位论文.

<sup>⑤</sup> 顾淦. 论作品的构成要件[D]. 广西师范大学, 2011年硕士学位论文.

<sup>⑥</sup> HEYMANN, LAURA A. How to Write a Life: Some Thoughts on Fixation and the Copyright/Privacy Divide[J]. William and Mary Law Review, 844-852 (2009).

<sup>⑦</sup> AHMAD, TABREZ, SNEHIL. Significance of Fixation in Copyright Law (May 12, 2011). Available at SSRN[EB/OL].<http://ssrn.com/abstract=1839527>.

<sup>⑧</sup> CAPENTER, MEGAN M and HETCHER, STEVEN A. Function Over Forms: Bring the Fixation Requirement to the Modern Era [J]. (May 29, 2014). 82 Fordham Law Review 2221 (2014).

<sup>⑨</sup> HEYMANN LAURA . How to Write a Life: Some Thoughts on Fixation and the Copyright/Privacy Divide[J]. (November 18, 2009). William & Mary Law Review, Vol. 51, 2009.

探讨著作权法保护期限等等。

综上所述,我国目前对作品定义以及作品的“固定性”构成要素研究较少缺乏,而作品是著作权保护的对象,其概念的规定将直接或间接影响着著作权人的权利保护以及司法实践的结果,因此,我们有必要对作品的定义以及要素做细致研究。

法谚云:“法律不明确,等于无法律。法律暧昧或不确实,如令遵守,实属苛酷。”著作权是作者就其所创作的作品享有的权利,而著作权法则是保护作品的法律,与此相应,“作品”是著作权保护的起点。<sup>②</sup>司法实践中著作权的争议大部分也是围绕着“作品的定义”展开的,因此作品的定义不仅具有理论价值、立法需求,也具有重要的司法意义。法应该具有稳定性和可操作性,法律定义中的任何要素与限定均应具有规范意义,均应可以达到可以直接或者间接引导司法实践的效果。王迁学者在评述著作权法第三次修订时也提到:对《著作权法》的第三次修改,已无外部压力可言。转变《著作权法》借鉴国际条约的方式,改直接照搬国际条约规定,为根据国情、用本国立法语言重新制定精细化规则,是时代对此次修法的要求。<sup>③</sup>同时也提出“抓住这一机遇,制定出逻辑统一、内容精细,且符合汉语表达习惯的规则”<sup>④</sup>。因此,对于修改草案抛出的模糊性的规定,确属有必要通过司法实践来论证阐释进而得出最符合中国实际、著作权立法目的以及实践操作需求的法律条文,而这也正是本文的研究价值所在。

---

<sup>①</sup> RYAN GALLIA, CARRIE, To Fix, or Not to Fix: Copyright's Fixation Requirement and the Rights of Theatrical Collaborators[J]. Minnesota Law Review, Vol. 92, No. 1, 2007.

<sup>②</sup> 李明德.论作品的定义[J].甘肃社会科学,2012,(4):151.

<sup>③</sup> 王迁.著作权法借鉴国际条约与国外立法:问题与对策[J].中国法学,2012,(3):35.

<sup>④</sup> 同上, p38.

## 第一章 作品定义的立法规定及其“固定”要素解读

### 第一节 我国现行立法关于作品的规定及其演变

#### 一、我国现行立法关于作品要素的规定

我国 2010 年修订的现行《著作权法》第三条规定“本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品。”在此基础上，列举了文字作品、口述作品等八类作品。然而，仔细推究《著作权法》的相关规定，其并没有提及作品的具体构成要素。《著作权法实施条例》第 2 条明确界定了作品的构成要素：“著作权法所称作品，指文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”其中，涉及了属于文学、艺术和科学领域内、具有独创性、能以某种有形形式的复制和智力成果四个要素。我们将对四个要素分别进行分析，以求对现行《著作权法》的对象——作品——有一个全面的认识。

#### （一）属于文学、艺术和科学领域内

在作品的定义中，有一个基本的限定：文学、艺术和科学领域内。“文学、艺术和科学领域”实际上是作品定义的“领域限定”。我们知道，既然是作品定义的组成部分，那么其意义应该在于划分作品与非作品。依据通说，“文学、艺术和科学领域”所修饰的名词应该是“表达”或“智力产物”，其逻辑的推论是“文学、艺术和科学领域外的表达或者智力产物不是作品”。所以，领域限定的法律意义主要在于把“文学、艺术和科学领域外的表达或者智力产物”排除出著作权的领域。中山信弘认为：“如果说这一要件有实际意义的话，其意义就在于，将实用性的物品从作品中分离出去，使之成为外观设计、实用新型等工业产权法保护的對象。”<sup>①</sup> 金渝林教授也认为“在大多数国家的版权法以及两个国际版权保护公约中，”都把版权保护范围限定在文学、艺术和科学领域内，这一限定的理论依据正是基于‘实用-非实用’二分原则。”<sup>②</sup>可见，领域限定的主要目的是

<sup>①</sup> [日]中山信弘.多媒体与著作权[M].张玉瑞译.北京：专利文献出版社,1997.19.

<sup>②</sup> 金渝林.论版权理论中的作品概念[C].中国知识产权评论第 1 卷.上海：商务印书馆,2002.97.

为了划分著作权与工业产权。

## (二) 具有独创性

独创性是作品著作权保护的核心, 同样也是判断实用艺术品是否受著作权保护的重要标准。在著作权法意义上, 独创性是作品所具有的可表明其来源自作者的特性。“独创性”的英译为“original”和“originate(源自)”, 一部作品是某个作者独创的, 该作者是作品的源头, 成为该作者取得权利的正当性前提。在英国, 当法律还没有明确规定作品的独创性要件时, 法官曾经通过“作者资格(authorship)”概念推演出了独创性要求。<sup>①</sup>独创性的第一层含义是“作品系作者独立完成”, 该作品并非抄袭而来。与此相关的一个原理就是“允许偶合”。如果两部作品的雷同系出于巧合, 则两部作品平等地受到著作权法的保护。由于著作权法只保护表达, 不保护思想, 不同的作者独立地作出相同表达的概率极低, 允许偶合并不会造成大量的权利冲突, 而且节约了制度成本。如果不允许偶合, 则著作权法就要像商标专利那样建立一套公示、查询制度, 为小概率事件打造这样的制度是不需要的。独创性的另一层含义就是“作品应该具有一定程度的独特性”。只有当主体与作品之间存在特定联系时, 才能证明该主体创造了作品, 该主体是作者。<sup>②</sup>在中国版权制度中, 独创性是一个模糊概念, 这个问题不仅存在于学术研究中, 也反映下现行的有关法律、法规中。在版权司法上, 这个问题表现为法院在确认版权作品和判定版权侵权时的盲目性和任意性。<sup>③</sup>丁丽瑛教授认为, 在具体的司法实践中, 认定独创性的审判活动应当围绕着独立完成和个性体现这两个重点展开质证和辩论。只要当事人所提供的证据足以证明判断对象同时符合独立完成和个性体现这一基本标准, 而对方又未提供否定该独立完成和个性体现的相反证明, 则法官应当做出有利于权利主张者的认定。<sup>④</sup>王坤博士认为作品的独创性是由存量要素和增量要素构成, 作品独创性的本质在于具备一定的增量要素。独创性分为表层、中层和深层三个层次, 作品可版权性的条件在于具备表层独创性和中层独创性, 深层独创性是判断作品可版权性的奢侈条件。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> LIONEL BENTLY, BRAD SHERMAN. Intellectual Property Law[M]. Oxford University Press, 2001, 99.

<sup>②</sup> 李琛. 著作权基本理论批判[J]. 北京: 知识产权出版社, 2013. 130.

<sup>③</sup> 刘春田. 著作权法实践中的独创性判断[J]. 著作权法, 1994, (4): 34.

<sup>④</sup> 丁丽瑛. 略论实用艺术品独创性的认定[J]. 法学评论, 2005, (3): 16.

<sup>⑤</sup> 王坤. 论作品的独创性—以对作品概念的科学建构为分析起点[J]. 知识产权, 2014, (4): 15.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库